

Tilburg University

Het dreigend failliet van het faillissement; redding geboden!

Vriesendorp, R.D.

Published in:
Met recht

Publication date:
2009

Document Version
Early version, also known as pre-print

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Vriesendorp, R. D. (2009). Het dreigend failliet van het faillissement; redding geboden! In P. Essers, G. Raaijmakers, G. van der Sangen, A. Verdam, & E. Vermeulen (Eds.), *Met recht: Liber Amicorum Theo Raaijmakers* (pp. 557-568). (Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties; No. 12). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Het dreigend failliet van het faillissement; redding geboden!

Prof. mr. R.D. Vriesendorp¹

Inleiding

Het is alweer tien jaren geleden dat een interdepartementale werkgroep zich boog over de tweede fase van de herziening van de Faillissementswet als uitvloeisel van eerdere herzieningspogingen van deze wet.² In deze werkgroep zaten vertegenwoordigers van de meest nauw betrokken ministeries: Justitie, Economische Zaken, Financiën en Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Vraag was of de bestaande Faillissementswet optimaal functioneert, in het bijzonder wat betreft het vermogen om reorganisatie te bewerkstelligen van bedrijven in moeilijkheden. Onder leiding van Theo Raaijmakers als voorzitter werd de werkgroep ook wel de Commissie-Raaijmakers genaamd, niet alleen omdat dit een kortere aanduiding is dan 'MDW-werkgroep modernisering faillissementsrecht (tweede fase)', maar vooral als erkenning van het belang van een sterke onafhankelijke voorzitter in het departementale krachtenveld met elk ministerie dat vooral voor zijn eigen belangen opkomt.³ Na publicatie van een discussiememorandum via internet in februari 2001⁴ met daaropvolgende hoorzittingen in mei 2001 kwam de Commissie-Raaijmakers in oktober 2001 met haar eindrapport met een aantal behartenswaardige aanbevelingen voor aanpassing van de Faillissementswet.⁵ Teneinde deze aanbevelingen op korte termijn ook daadwerkelijk om te zetten in concrete wetgeving beval zij de regering aan om een adviescommissie insolventierecht in het leven te roepen die het wetgevingsprogramma zou moeten gaan vormgeven en begeleiden.⁶

De aanbevelingen van de Commissie-Raaijmakers vielen in goede politieke aarde; nog geen maand na het verschijnen van haar eindrapport nam het kabinet binnen enkele weken nagenoeg alle aanbevelingen – op die van de afschaffing van het bodemrecht na – over.⁷ De hieruit voortvloeiende adviescommissie insolventierecht werd door een van de volgende kabinetten-Balkenende in het voorjaar van 2003 geïnstalleerd. Onder leiding van onze Nijmeegse collega Bas Kortmann heeft zij onder de naam Commissie Insolventierecht de aanbevelingen van de Commissie-Raaijmakers omgezet in een voorontwerp voor een Insolventiewet, dat in het najaar van 2007 verscheen, en daarbij tevens een aantal knelpunten

¹ Reinout Vriesendorp is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg en was lid van de Commissie Insolventierecht.

² Zie onder meer de eerder uitgebrachte rapporten van de Commissie-Maas (Commissie Insolventierecht houdende een voorstel voor een Wet herstel en Reorganisatie Ondernemingen (Zwolle, 1985), in vervolg op de preadviezen Vereniging 'Handelsrecht' uit 1983 van P.C. Maas, J. van Schaik en T. Blokland, De in haar continuïteit bedreigde onderneming) en van de Commissie-Mijnssen (Commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Faillissementswet; Den Haag, 1989).

³ Zie bijv. de kernaanbeveling van de werkgroep om het fiscale bodem(voor)recht af te schaffen die door de vertegenwoordigers van Financiën en Sociale Zaken en Werkgelegenheid niet werd gedeeld; Eindrapport MDW-werkgroep herziening faillissementsrecht (tweede fase), p. 9 (Samenvatting nr. 20).

⁴ Discussiememorandum 'Nadere herziening van het Nederlandse insolventierecht', www.mdw.ez.nl.

⁵ Eindrapport, p. 28 e.v.; vgl. Eindrapport, p. 7 (Samenvatting nrs. 12 e.v.).

⁶ Eindrapport, p. 6 (Samenvatting nr. 6).

⁷ Brief van de Minister van Justitie d.d. 3 december 2001, Kamerstukken II (2001-2002), 24036, nr. 238, p. 5-7.

van de huidige Faillissementswet aangepakt.⁸ In de tussentijd was de Faillissementswet overigens al op onderdelen gewijzigd.⁹

Na verschijning van het Voorontwerp op de website van het ministerie van Justitie kon eenieder daarop reageren tot september 2008. Een aantal belanghebbenden heeft hiervan gebruik gemaakt.¹⁰ Daarnaast zijn in die periode de nodige reacties in tijdschriften en boeken verschenen.¹¹ De Commissie Insolventierecht heeft zojuist ter afsluiting van haar werkzaamheden in haar eindadvies van 23 juli 2009 haar standpunt met betrekking tot deze commentaren bepaald. Het is nu aan de Minister van Justitie en het kabinet om de politieke beslissing te nemen omtrent de verdere gang van zaken. Als het aan mij als lid van de Commissie Insolventierecht ligt, besluiten zij de herziening snel ter hand te nemen. Voor Theo Raaijmakers zou dit een mooie kroon zijn op zijn werk op het terrein van het insolventierecht in brede zin. Naast wetenschapper is hij immers een scherp jurist met oog voor de praktische implicaties van het recht en de regels. Daarom heeft het mij verbaasd dat hij zich bij al zijn werkzaamheden – als bedrijfsjurist, wetenschapper en voorzitter van de naar hem genoemde Commissie-Raaijmakers – voor zover ik heb kunnen nagaan nooit openlijk heeft beziggehouden met de in mijn ogen wezenlijke voorvraag: is een faillissement of daarmee gelijk te stellen procedure wel nodig? Zou het erg zijn als een dergelijke procedure in ons recht ontbreekt?

Op het eerste gezicht lijken deze vragen onzinnig: Nederland kent al meer dan een eeuw het faillissement en de surseance van betaling. Alleen de Wsnp bestaat eigenlijk nog maar net, ingevoerd per 1 december 1998. Niet alleen Nederland, maar alle andere landen in de EU kennen het faillissement of een equivalent daarvan, hetgeen ook blijkt uit de Europese Insolventieverordening.¹² Zoals ik hierna zal aangeven zijn er echter aanwijzingen waaruit blijkt dat de huidige faillissementsprocedure in de praktijk nauwelijks meer aan haar doeleinden beantwoordt en in zekere zin op haar eigen faillissement afstevent. Ik vind het bovendien in lijn met Theo's basisattitude om in het (wetenschappelijke) debat niets als vaststaand of vanzelfsprekend aan te nemen om die ogenschijnlijk zinloze vraag naar het nut of de noodzaak van het faillissement op te werpen. Hiertoe bespreek ik in deze bijdrage eerst de vraag of er nog wel bestaansrecht is voor een faillissementsprocedure om vervolgens enkele voorstellen te doen voor een oplossing van de geconstateerde knelpunten.

⁸ Te vinden op <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet/>.

⁹ Zo zijn per 1 juli 2002 in de Faillissementswet bepalingen opgenomen ter uitvoering van Richtlijn EG/98/50 om werknemers bij faillissement te beschermen en misbruik van faillissementsecht te voorkomen (Stb. 2002, 215), kort daarna gevolgd door invoering van de vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen per 1 augustus 2002 (Stb. 2002, 185). Voorts was de Faillissementswet aangepast aan de inwerkingtreding van de Europese Insolventieverordening per 31 mei 2002 (Stb. 2003, 244). In 2004 en 2005 zijn in de Faillissementswet bepalingen opgenomen met betrekking tot het faillissement van verzekeraars en kredietinstellingen (Stb. 2004, 86 (verzekeraars) en Stb. 2005, 208 (kredietinstellingen)). Met ingang van 15 januari 2005 zijn de vereisten voor het dwangakkoord in de verschillende insolventieprocedures (faillissement, surseance van betaling en Wsnp) versoepeld en is de afkoelingsperiode nader uitgewerkt en verlengd (Stb. 2004, 615). Vlak na de openbaarmaking van het Voorontwerp trad per 1 januari 2008 een ingrijpende wijziging – ‘verstrenging’ – van de Wsnp in werking (Stb. 2007, 192).

¹⁰ Zie <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet/>.

¹¹ Zonder volledigheid te pretenderen noem ik de themanummers van TvI (2008/2), WPNR (2008) 6760, Ondernemingsrecht 2008/13 en de bundels Het Voorontwerp insolventiewet nader beschouwd (Ars Aequi 2008) en De bewindvoerder, een octopus (Kluwer, 2008).

¹² Zie de opsomming van alle collectieve procedures (als gedefinieerd in art. 2 EIV) in Bijlage A bij de Verordening (EG) nr. 1346/2000.

Heeft het faillissement nog bestaansrecht?

Een faillissementsprocedure moet, kort gezegd, zorgen voor een ordelijke en ordentelijke afwikkeling van de samenloop van schuldeisers (*concursum creditorum*) in de situatie waarin een schuldenaar hen niet allemaal volledig kan betalen. Daarnaast dient het faillissement bepaalde maatschappelijke belangen.¹³ Hierbij denkt men vooral aan het belang van behoud van werkgelegenheid en ook wel de bestrijding en voorkoming van frauduleus handelen. Het is echter de vraag of de huidige procedure deze doelen wel bereikt.¹⁴ Dit uit zich ook in de kritiek die van verschillende kanten is geleverd op de herzieningsplannen van de Faillissementswet en het Voorontwerp Insolventiewet. Vooral vanuit de hoek van de banken is meermaals geopperd dat het overgrote deel van de succesvolle saneringen plaatsvindt buiten formele procedures zoals surseance van betaling en faillissement.¹⁵ Verschillende onderzoeken – deels verschenen in de mooie ‘gele serie’ van het Center for Company Law¹⁶ – hebben laten zien dat maar een klein deel van de doorstartende ondernemingen geschiedt vanuit faillissement en dan nog vaak uiteindelijk zonder succes.¹⁷ Voor een succesvolle doorstart blijkt een faillissement alleen soelaas te bieden indien personeelsreductie dringend gewenst was en de gewone weg – buiten faillissement – te lang duurde en/of te kostbaar was. De ontsnappingsmogelijkheid aan de dwingende overnameregels van Richtlijn (EG) 2001/23 waarmee een overnemende partij vanuit faillissement niet gebonden is aan de arbeidsrelaties met de oude werkgever, biedt voor dergelijke situaties in voorkomende gevallen een aantrekkelijke oplossing.¹⁸ Zelfs dan moeten de reorganisatie vanuit faillissement en het behoud van werkgelegenheid echter niet worden overschat: de faillissementsprocedure biedt weinig soelaas gezien vanuit de ‘batenkant’, terwijl er ook vanuit de ‘lastenkant’ redenen zijn om het nut van de procedure te betwijfelen.

Wat zijn de ‘baten’ van een faillissementsprocedure?

Vanuit de batenkant – in de zin dat een sanering vanuit faillissement waarde toevoegt, althans niet vernietigt – levert een faillissement de maatschappij en de werkgelegenheid niet veel op.¹⁹ De concurrente schuldeisers worden evenmin veel wijzer van een faillissement. De al jaren lage ‘recovery rates’ (2-4%) worden telkens van stal gehaald om een aanpassing van de Faillissementswet te rechtvaardigen. Preferente crediteuren, zoals fiscus en UWV (sinds 2006 door tussenkomst van diezelfde fiscus), komen er iets beter van af, maar zullen met een

¹³ Waarbij overigens wel de discussie wordt gevoerd in hoeverre de curator dit alleen mag laten meewegen als de boedel daarmee gebaat is of dat hij dit ook moet doen als het de boedel geld kost; zelf meen ik alleen het eerste.

¹⁴ A.P.K. Luttikhuis, *Corporate Recovery*; de weg naar effectief insolventierecht (diss. Tilburg 2007) (<http://www.corporate-recovery.eu/cr.pdf>), hfdst. 8.

¹⁵ Zie bijv. het advies van de NVB aan de Minister van justitie d.d. 9 september 2008 (ook te vinden op <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet/>) met overigens een – achteraf gezien voor de banken zelf – lezenswaardig uitgangspunt voor een insolventie en marktwerking (§ II.1).

¹⁶ Bijv. de studie van A.M. van Amsterdam, *Insolventie in economisch perspectief* (2004).

¹⁷ Bijv. de eerder genoemde dissertatie van A.P.K. Luttikhuis. Exemplarisch zijn de beide ‘landmark cases’ van de Hoge Raad (24 februari 1995, NJ 1996, 472; Sigmacon II en 19 april 1996, NJ 1996, 727; Maclou & Prouvost/Curatoren Van Schuppen) waarbij het de curator werd toegestaan om op grond van maatschappelijke belangen, i.h.b. behoud van werkgelegenheid, de belangen van individuele crediteuren ten gunste daarvan te schaden. In beide gevallen zijn de doorstartende ondernemingen uiteindelijk toch ten onder gegaan.

¹⁸ Zie ook art. 7:662 e.v. BW; een voorbeeld van een op deze manier geslaagde doorstart vormt de overname in het faillissement van DAF Trucks begin jaren '90.

¹⁹ Zie bijv. eerder genoemde studie van A.P.K. Luttikhuis, hfdst. 2 en 3.

gemiddelde ‘recovery rate’ van rond de 9-11% evenmin staan te juichen.²⁰ Alleen de separatisten en dan vooral de huisbankiers, blijken in veel gevallen aan hun trekken te komen. Pikant detail is echter dat zij in beginsel geen last hebben van het faillissement. In tegenstelling tot de andere crediteuren mogen de separatisten immers doen “alsof er geen faillissement was” (art. 57 Fw.). Dat zij steeds beter aan hun trekken komen wordt daarnaast veroorzaakt doordat zij hun zekerhedenpositie almaar sterker hebben weten te maken. Geholpen door lankmoedige jurisprudentie van de Hoge Raad en andere rechters op het gebied van de vestiging en uitwinning van – in het bijzonder – pandrecht op (toekomstige) zaken en vorderingen²¹, de inperking van de mogelijkheid om op grond van de faillissementspauliana, verrekeningverboden of onrechtmatige daad vestiging van zekerheden ongedaan te maken of anderszins op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of onrechtmatige daad gelden in de boedel te krijgen,²² is de positie van de curator, zeker ten opzichte van de separatist, de afgelopen jaren aanmerkelijk verzwakt. Bovendien hebben de afdelingen bijzonder beheer van de verschillende banken in Nederland een steeds betere grip gekregen op hun cliënten waardoor de zekerhedenpositie voorafgaand aan een faillissement wordt geoptimaliseerd.²³ Een en ander leidt ertoe dat wanneer een reddingspoging geen succes heeft en er wordt aangestuurd op een faillissement, de curator vaak wordt geconfronteerd met een zogenaamde ‘lege boedel’. Het blijkt dan dat de failliet nauwelijks vrij actief bezit, waardoor de curator vaak zelfs niet eens zijn eigen salaris betaald krijgt.²⁴

Al met al leveren faillissementen van ondernemingen (doorgaans rechtspersonen) in de praktijk zelden iets op. Vanuit de batenkant gezien heeft een faillissement dus meestal geen zin.

Wat zijn de ‘lasten’ van de procedure?

Vanuit de lastenkant wordt het beeld zo mogelijk nog triester (of grimmiger zo men wil). Door het ontbreken van enigerlei substantieel actief in de boedel zullen curatoren soms besluiten om het faillissement zo snel mogelijk af te wikkelen zonder diepgaand onderzoek te verrichten naar de oorzaken van het faillissement; met als gevolg dat mogelijke misstanden voorafgaand aan het faillissement niet boven tafel komen. In andere gevallen treffen zij verdachte omstandigheden aan op basis waarvan zij nader onderzoek willen verrichten, zij het vooralsnog voor eigen rekening. Zolang immers een derde²⁵ niet voor deze kosten garant wil staan, verricht hij het onderzoek in wezen om zijn salaris veilig te stellen. Hierdoor krijgt hij een eigen belang bij zijn werkzaamheden, waardoor een kritische toetsing van nut, noodzaak en rechtvaardiging voor zijn handelen mogelijk uitblijft. Het effect hiervan is dat onduidelijk

²⁰ M.b.t. de in 2008 beëindigde faillissementen bedroegen deze percentages 6,7 resp. 5,2 voor schulden aan fiscus/UWV resp aan overige (preferente en concurrente) crediteuren; CBS Statline (tweejaarlijkse statistiek ‘Faillissementen; afwikkelingen, financieel naar benadeling’, 3 augustus 2009).

²¹ O.a. HR 20 september 2002, NJ 2004, 182 (Mulder q.q./Rabo Alphen a/d Rijn).

²² Bijv. HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (Van Dooren q.q./ABN Amro I), Hof Arnhem 29 juli 2008, JOR 2008/317 (Gunning q.q./ING).

²³ In dit verband kan worden gewezen op de recente gewoonte van o.a. ABN Amro en ING Bank om te werken met één algemene ‘Verzamelpandakte’ die dagelijks als gevolmachtigde van alle zekerheidsgevers ter registratie wordt aangeboden.

²⁴ Zie G. van Dijk, R.D. Vriesendorp, D.C.M.H. Vielvoye en N. Rachid, *Lege boedels: code rood of vals alarm?* Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels, TvI 2008, 33.

²⁵ Zoals bijv. het Ministerie van Justitie op basis van de Garantstellingsregeling curatoren 2005 of de Belastingdienst op basis van artikel 73.1.4 Leidraad Invordering 2008. Daarnaast kan worden gedacht aan individuele crediteuren die de curator financieel willen bijstaan in (bestuurders)aansprakelijkheids- of paulianaprocedures en ten slotte aan de schuldeisers die als eerste een uitkering krijgen uit actief dat slechts met procedures kan worden veiliggesteld.

is of de kosten voor de afwikkeling wel nuttig worden gemaakt. Men zou de vraag kunnen stellen of het zonder meer wel zinvol is om een bijzondere functionaris in de vorm van een curator persoon aan te wijzen die dit allemaal doet en daarmee de boedel belast met kosten waarvan het niet bij voorbaat vaststaat dat die zullen worden vergoed.

Een somber vooruitzicht

Met het voorgaande is een weinig rooskleurig perspectief voor het faillissement geschetst. Het in negatieve zin uiteenlopen van baten en lasten leidt in het normale economische verkeer uiteindelijk tot een faillissement. Op basis van bovenstaande constatering moet geconcludeerd worden dat zonder ingrijpen de faillissementsprocedure op termijn haar eigen faillissement tegemoet gaat: het faillissement van het faillissement, zou men ironisch kunnen zeggen. In de praktijk zijn hiervoor reeds aanwijzingen te vinden, doordat advocaten van de grote kantoren zich de afgelopen jaren hebben teruggetrokken als curator en zich van de curatorenlijst hebben laten schrappen. Curatoren die nog wel worden benoemd merken dat de spoeling van financieel aantrekkelijke faillissementen dunner wordt. Zij moeten soms door de rechtbanken worden overgehaald om ook de grotere aantallen lege boedels te blijven afwickelen. Hierbij wordt wel eens het oneigenlijke²⁶ argument in stelling gebracht dat door toewijzing van af en toe een volle boedel het financiële evenwicht voor de curator hersteld wordt.

Voor de (koude?) sanering van de curatorenbranche in de afgelopen jaren was mogelijk een rechtvaardiging te vinden in de sterke daling van het aantal faillissementen. Nu de conjunctuur echter is omgeslagen en de aantallen faillissementen fors zijn toegenomen²⁷, blijken de rechtbanken soms al moeite te hebben om een geschikte curator aan te stellen, terwijl de verwachtingen voor de komende tijd in dit opzicht niet geruststellend zijn. Ongeacht alle bezwaren die men tegen het faillissement als formele procedure kan hebben, lijkt het vooralsnog een noodzakelijk sluitstuk in het juridisch instrumentarium om het vermogen van noodlijdende (rechts)personen op ordentelijke wijze te liquideren en de deconfiture af te wikkelen. Dus ondanks de sombere vooruitzichten voor een ‘gezonde’ faillissementsprocedure blijkt daaraan in de praktijk wel behoefte te bestaan, waarmee haar bestaansrecht lijkt te zijn bewezen. Het hierboven geschetste naderende faillissement van de procedure is derhalve iets om zorgen over te hebben.

Valt het tij te keren?

Hoe is dit failliet van het faillissement af te wenden? Wanneer wij de aanbevelingen van de Commissie-Raaijmakers toepassen, moeten tijdig maatregelen worden getroffen. De ‘roze bril’ moet bijtijds worden afgezet, zodat men van de ernst van de situatie doordrongen is.²⁸ ‘Early warning’ is hierbij van levensbelang voor het slagen van enigerlei reddingsoperatie. Bij deze is de wetgever gewaarschuwd dat een voortzetting van het huidige regime van de faillissementsprocedure noodgedwongen tot haar deconfiture zal leiden. Een doormodderen kan worden voorkomen door nu tot een reorganisatie van de faillissementsprocedure over te

²⁶ Afgezien van het feit dat niet altijd op voorhand kan worden ingeschat of er sprake is van een lege of volle boedel, is deze redenering onzuiver: zij komt erop neer dat de – toevallige – crediteuren van een volle boedel meebetalen aan de afwikkeling van lege boedels.

²⁷ Tot en met juli zijn er in 2009 al meer bedrijven failliet verklaard dan in heel 2008 (4696 tegen 4635), terwijl alle faillissementen (bedrijven en particulieren) in 2009 tot en met juli 6188 bedragen in vergelijking tot 6847 over geheel 2008; CBS Statline maandelijks statistiek ‘Faillissementen en schuldsaneringen uitspraken per maand’, 12 augustus 2009

²⁸ MDW-Eindrapport, p. 8 (Samenvatting; nr. 18, Kernaanbevelingen) en par. 3.3.

gaan en het insolventierecht te herstructureren. Om de procedure aantrekkelijker te maken – lees: per saldo meer te laten opleveren – zijn verschillende invalshoeken denkbaar. Kort gezegd moeten deze zijn gericht op vergroting van de baten en verkleining van de lasten van de faillissementsprocedure.

Vergroting van de ‘baten’ van een faillissementsprocedure

Het faillissement van de faillissementsprocedure kan in de eerste plaats worden vermeden met een tijdige vergroting van de ‘batenkant’, omdat een faillissement de betrokkenen dan meer oplevert. Opbrengsten kunnen worden verhoogd door de boedel in omvang te laten toenemen. Dit kan enerzijds door meer activa onder de paraplu van de boedel te brengen, dat wil zeggen de separatisten hun rechten slechts te laten uitoefenen door tussenkomst van de curator²⁹; anderzijds door de mogelijkheden van ‘reconstructie’ van de boedel te verbeteren, waarmee het boedelactief wordt vergroot. De curator moet sneller en op eenvoudiger wijze in staat worden gesteld om transacties ‘met een luchtje’ aan te tasten, ongeacht of deze ‘verplicht’ dan wel ‘onverplicht’ zijn verricht. Onttrekking van vermogen door derden (al dan niet schuldeisers) met de wetenschap van een onafwendbaar faillissement verstoort de *concursum creditorum* waarvoor de faillissementsprocedure nu juist is gecreëerd. De verdeling van dat vermogen hoort in beginsel via de boedel te lopen, ook al was de ontvanger op zichzelf beschouwd tot die prestatie door de schuldenaar gerechtigd.³⁰

Verkleining van de ‘lasten’ van een faillissementsprocedure

In de tweede plaats is voor een succesvolle herstructurering vereist dat de ‘lastenkant’ wordt verminderd: de tering moet naar de nering worden gezet. Minder kosten bij de afwikkeling van een faillissement die ten laste worden gebracht van de boedel leiden immers tot een hogere uitkering aan betrokkenen. Dit kan op twee manieren worden bereikt. Het meest voor de hand ligt om de kosten van afwikkeling zelf omlaag te brengen; een alternatief is om deze kosten elders te leggen. Ik werk deze beide alternatieven nader uit.

Het eerste alternatief van de verlaging van de kosten van afwikkeling betekent terugdringing van soorten en hoeveelheden boedelschulden.³¹ Hierbij zal dan ook gekeken moeten worden naar de omvang van het salaris van de curator. Voorkomen moet worden dat ‘goed geld’ naar ‘kwaad geld’ wordt gegooid. Het lijkt weinig zinvol om bij (nagenoeg) lege boedels het (niet of) nauwelijks aanwezige actief uitsluitend te bestemmen voor de voldoening van het salaris van de curator. De schuldeisers om wie het allemaal te doen is blijven dan met lege handen staan, zodat het voor hen geen verschil uitmaakt of er nu wel of niet een faillissement is. Dit probleem kan langs twee wegen worden opgelost: ofwel de salarissen van de huidige curatoren gaan omlaag, ofwel (delen van) de werkzaamheden worden door anderen gedaan die met een lager salaris genoeg moeten/kunnen nemen.

De eerste mogelijkheid acht ik weinig realistisch: ik verwacht niet dat veel van de huidige curatoren hun werkzaamheden op faillissementsgebied blijven verrichten als de salarissen substantieel omlaag gaan. Zij zijn bijna allemaal advocaat en de huidige

²⁹ Vgl. het stelsel in art. 3.6.9 Voorontwerp Insolventiewet is voorgesteld. Bij voortzetting van de onderneming loopt de executie van verpande/verhypothekeerde goederen via de bewindvoerder en heeft de pand-/hypotheekhouder in beginsel niet de bevoegdheid om als separatist zelf de uitwinning ter hand te nemen.

³⁰ Zie de wijze waarop art. 3.2.5 Voorontwerp Insolventiewet de bewindvoerder hiertoe de bevoegdheid tot terugvordering verschaft.

³¹ Vgl. de manier waarop hiertoe in art. 5.1.1 Voorontwerp Insolventiewet een belangrijke aanzet is gegeven.

curatorensalarissen liggen al onder het gebruikelijke advocatentarief.³² Dit is een van de redenen dat advocaten van de grote(re) kantoren zich de afgelopen tijd hebben laten schrappen van de curatorenlijsten bij de rechtbanken. Als advocaat hebben zij ook genoeg alternatieven, al is het maar als advocaat van partijen die door een curator worden aangesproken (bijv. uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid of pauliana).

Het omlaag brengen van de salarissen van curatoren leidt vermoedelijk tot een andere categorie personen die zich met faillissementen gaan bezighouden.³³ Dit brengt mij tot de tweede mogelijkheid om de kosten van afwikkeling omlaag te brengen. In de praktijk gebeurt het immers al dat delen van de werkzaamheden in een faillissement worden verricht door goedkoper personeel, zoals secretariële ondersteuning van de curator of speciaal aangetrokken faillissementsmedewerkers. Het verdient serieuze overweging om te onderzoeken of hun betrokkenheid kan worden uitgebreid ten koste van de duurder advocaten/curatoren. Weliswaar heeft de ervaring over de afgelopen 20 jaar geleerd dat voor complexe faillissementen de nodige expertise en opleiding vereist is.³⁴ Dit is echter maar een beperkte groep. Voor de veel grotere groep lege of anderszins eenvoudige faillissementen volstaat mogelijk een meer administratieve afwikkeling waarvoor ook een beroep op minder geschoold en goedkoper personeel zou kunnen worden gedaan. Het grijze tussengebied wordt gevormd door de lege boedels waar een luchtje aan zit en waarin een ervaren curator door gedegen onderzoek in staat moet zijn om ‘verdwenen’ vermogen weer in de boedel te laten vloeien. Zoals gesteld, valt het onderscheid tussen ‘echte’ en ‘schijnbare’ lege boedels aan het begin van de procedure vaak niet te maken. Aangezien de omvang van deze tussengroep op het ogenblik van uitspreken van de procedure onduidelijk is, valt nu moeilijk vast te stellen hoeveel ‘winst’ kan worden behaald door de eenvoudige faillissementen met goedkoper personeel te laten afwikkelen. Voor een oplossing van dit probleem kan wellicht inspiratie worden opgedaan bij onze overburen aan de andere kant van de Noordzee.³⁵ In Engeland heeft men het begin van de afwikkeling van faillissementen in handen gelegd van *The Insolvency Service*.³⁶ Wanneer een individu in een *bankruptcy procedure*³⁷ is beland of een onderneming in een *compulsory liquidation*³⁸ is geraakt, wordt door de *The Insolvency Service* een *Official Receiver* aangesteld die de boedel beheert en veiligstelt en die een eerste onderzoek doet naar de oorzaken van het faillissement, vooral naar mogelijk frauduleus

³² Zie bijv. J. Rosenberg Polak, TvI 2006, 8, p. 39 en M.J.M. Franken (red.), Rapport Beloning Curatoren (Insolad/Kluwer 2008).

³³ Zie in dit verband de ontwikkeling bij de Wsnp toen deze in 1998 werd ingevoerd. Aangezien het hier meestal gaat om schuldenaren met geen tot nauwelijks vermogen, had de overheid voorzien dat zij financieel moest bijspringen om bewindvoerders te kunnen benoemen en te betalen (art. 320 Fw j° Besluit salaris bewindvoerder schuldsanering). De hiervoor gereserveerde bedragen liggen aanmerkelijk lager dan die voor curatoren, waardoor de traditionele groep van curatoren niet beschikbaar was voor dergelijke benoemingen (zie Besluit salaris bewindvoerder en ook Wsnp Monitor nulmeting (2005), p. 29-30 en Wsnp Monitor vierde meting (2008), p. 16).

³⁴ Vgl. ook de maatstaf die de Hoge Raad heeft aangelegd voor persoonlijke aansprakelijkheid van een curator: deze “behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht”; HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (Maclou & Prouvost/Curatoren Van Schuppen), r.o. 3.6.

³⁵ Zie ook G. van Dijck, R.D. Vriesendorp, D.C.M.H. Vielvoye en N. Rachid, Lege boedels: code rood of vals alarm? Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels, TvI 2008, 33, p. 210-11.

³⁶ Een overheidsagentschap (executive agency) van het Department of Business, Innovation and Skills dat op 5 juni 2009 is ontstaan uit een fusie van de ministeries van Business, Enterprise and Regulatory Reform (BERR) en van Innovation, University and Skill (IUS).

³⁷ Insolvency Act 1986, Part IX, s. 264 e.v.

³⁸ Insolvency Act 1986, Part IV, Ch. VI, s. 117 e.v.

gedrag.³⁹ Afhankelijk van aard en vooral geldelijke omvang van de boedel wordt vervolgens wel of geen private *Insolvency Practitioner* aangesteld. Deze laatste werkt op basis van commerciële tarieven. Aangezien ook in Engeland het merendeel van de boedels (nagenoeg) leeg is, blijft daar de *Official Receiver* als liquidator aan die de boedel te gelde maakt en de procedure geheel afwikkelt.⁴⁰ Voor zijn diensten ontvangt *The Insolvency Service* een bepaalde vaste bijdrage – de *administration fee*⁴¹ – en een variabele beloning – de *Secretary of State fee*⁴² – die samen kostendekkend blijken te zijn.⁴³

Door gebruikmaking van het instituut van de *Official Receiver* heeft men in Engeland twee vliegen in één klap geslagen. Enerzijds heeft men door concentratie van het begin van afwikkeling van de procedures op 35 plaatsen in het Engeland en Wales een kostendekkende en – in vergelijking met Nederland – relatief goedkope organisatie opgezet.⁴⁴ Anderzijds heeft men ter dekking van de kosten gebruik gemaakt van een andere bron van inkomsten dan uitsluitend de boedel en dit brengt mij bij het tweede door mij genoemde alternatief, de verlegging van de kosten naar elders.

Wanneer in het tweede alternatief de kosten van de faillissementsprocedure ergens anders kunnen worden gelegd dan in die procedure zelf, verhoogt dat de opbrengsten daarvan en wordt de procedure daardoor aantrekkelijker voor betrokkenen. De vraag is dan wel wie zich bereid zou willen of moeten verklaren die kosten op zich te nemen. Verschillende partijen komen hiervoor in beeld, waarbij te onderscheiden valt of de bijdrage in de afwikkelingskosten vooraf (ex ante) in abstracto wordt gedaan of achteraf (ex post) in concreto.

De eerste categorie van een voorafgaande bijdrage kan worden opgetuigd door het opzetten van een fonds waaruit die kosten worden voldaan en waarop een beroep kan worden gedaan door degene die de procedure afwikkelt. De vorming van dit fonds en het beheer daarvan kan op verschillende manieren gebeuren. Zo zou dit in de eerste plaats kunnen worden ondergebracht bij de Kamers van Koophandel die bijvoorbeeld een deel van de jaarlijkse bijdrage die men daaraan moet betalen in dat fonds inbrengt of hiervoor een aparte jaarlijkse heffing berekent. Men kan er ook voor kiezen om dit niet jaarlijks te doen, maar eenmalig bij oprichting en inschrijving van de rechtspersoon in het desbetreffende register van de Kamer van Koophandel. Het nadeel van deze aanpak is dat het fonds dan slechts

³⁹ Zie Guide to the Insolvency service

(<http://www.insolvency.gov.uk/guidanceleaflets/guides.htm#Companies%20Investigations>), p. 10 e.v.

⁴⁰ The Insolvency Service, Annual Report and Accounts 2008-09

(<http://www.insolvency.gov.uk/guidanceleaflets/guides.htm#Companies%20Investigations>), p. 14, waar gesteld wordt dat meer dan 50% een (nagenoeg) lege boedel betreft.

⁴¹ Deze bedraagt £ 1715 voor individuen en £ 2160 voor bedrijven en wordt voldaan uit de bedragen die de debiteur of crediteur bij zijn aanvraag moet betalen en voor het overige uit de boedel voor zover aanwezig; The Insolvency Service, Annual Report and Accounts 2008-09, p. 14.

⁴² Deze wordt geheven over boedels met een waarde van meer dan £ 2000 en bedraagt 17% daarvan met een maximum van £ 80.000. Deze fee dient ter dekking van de kosten die worden gemaakt in lege boedels waarin de administration fee niet volledig kan worden voldaan; zie The Insolvency Service, Annual Report and Accounts 2008-09, p. 14-15.

⁴³ The Insolvency Service, Annual Report and Accounts 2008-09, p. 16 (table 6).

⁴⁴ Uit recente cijfers van het CBS (CBS Statline tweejaarlijkse statistiek 'Faillissementen; afwikkelingen, financieel naar benadeling', 3 augustus 2009) valt af te leiden dat de onbetaald gebleven boedelkosten – totale boedelkosten (door CBS gedefinieerd als kosten, ontstaan tijdens de faillissementsperiode, zoals salaris van de curator, administratie-, porto-, reis-, verbijf- en taxatiekosten) minus boedeluitkeringen (uitkeringen aangaande schulden ontstaan tijdens de faillissementsperiode) – over de jaren 2004, 2006 en 2008 gemiddeld tussen € 7600 en € 8200 lagen, terwijl die in Engeland volgens The Insolvency Service (Annual Report and Accounts 2008-09, p. 16 table 6) in 2008 gemiddeld slechts £ 1862 bedroegen.

gevormd wordt uit bijdragen van rechtspersonen. Natuurlijke personen zouden er dan buiten blijven.

Een tweede mogelijkheid is om het fonds niet bij de Kamers van Koophandel onder te brengen maar bij de rechtbanken. Dit hoeft niet te betekenen dat de wijze van financiering anders moet worden; de Kamers van Koophandel kunnen de incasso verzorgen en dan afdragen aan de rechtbanken. Toch valt in deze opzet ook een andere financieringswijze te bedenken, waarbij de middelen worden verkregen uit griffierechten of afdrachten uit boedels met een zekere omvang. Hier blijkt de parallel met de hierboven geschetste Engelse financieringswijze. Bezwaar hiervan is dat de kosten voor een deel door de schuldenaar of door één van de schuldeisers worden betaald (waarmee de kosten dus niet verlegd worden), en voor het deel waarmee de kosten wel worden verlegd, door de toevallige schuldeisers in andere – ‘rijke’ – faillissementen. De rechtvaardiging hiervoor zou dan moeten zijn gelegen in het argument dat ook de schuldeisers in die ‘rijke’ faillissementen profiteren van het gehele systeem van faillissementsafwikkeling en dat het tot op zekere hoogte toevallig is of men schuldeiser is in een lege dan wel een volle boedel.

De derde mogelijkheid is om het fonds te financieren vanuit de algemene middelen van de overheid. Deze oplossing, waardoor in feite wij allen aan de afwikkeling van faillissementen bijdragen, lijkt wellicht een doodoener maar kan worden gerechtvaardigd op grond van het feit dat de maatschappij in haar geheel gebaat is bij een ordentelijke afwikkeling van failliete boedels, in het bijzonder wanneer het gaat om failliete rechtspersonen. Deze houden na afloop van het faillissement immers op te bestaan.⁴⁵ Een bijdrage uit dit – uit algemene middelen gefinancierde – fonds kan dan worden beperkt tot boedels die daartoe uit zichzelf onvoldoende middelen hebben. Dit is bijvoorbeeld de wijze waarop het Voorontwerp Insolventiewet het probleem van de vergoeding van de afwikkelingskosten in lege boedels heeft opgelost.⁴⁶

Deze derde mogelijkheid brengt mij tot de tweede categorie: financiering achteraf in daartoe aanleiding gevende gevallen. In deze situatie is er een concreet faillissement waarbij de boedel onvoldoende vermogen bevat om de afwikkelingskosten te voldoen. Heden ten dage is dit het merendeel van de gevallen.⁴⁷ Hierbij dienen de kosten nog steeds primair te worden voldaan uit de boedel, maar voor zover die ontoereikend is moet het fonds de curator te hulp schieten. Hoewel de andere hierboven geschetste mogelijkheden ook denkbaar zijn, ligt het in deze situatie het meest voor de hand dat het fonds wordt beheerd door de rechtbanken die de faillissementen uitspreken. De manier waarop het fonds gevuld moet worden hoeft ook niet te verschillen, al ligt het hier meer voor de hand dat de ontbrekende middelen voor de faillissementsafwikkeling achteraf door de overheid worden aangevuld. Het is immers in het algemeen belang dat ook de (nagenoeg) lege boedels ordentelijk worden afgewikkeld.

Conclusie

Afrondend stel ik op grond van het voorgaande vast dat de huidige faillissementsprocedure afstevent op haar eigen faillissement omdat haar opbrengsten verder afnemen en haar lasten toenemen. Als collectieve procedure lijkt zij efficiënter dan een veelheid aan afzonderlijke, individuele vereffeningsprocedures naast elkaar, maar dan zal zij op een andere wijze moeten

⁴⁵ Zie art. 2:19 lid 1 sub c j° lid 4 BW.

⁴⁶ Zie art. 6.1.2 Voorontwerp Insolventiewet.

⁴⁷ Vgl. A.P.K. Luttikhuis (diss.), p. 47, G. van Dijck, R.D. Vriesendorp, D.C.M.H. Vielvoye en N. Rachid, Lege boedels: code rood of vals alarm? Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels, TvI 2008, 33.

worden gefinancierd. Dit kan enerzijds gebeuren door meer actief via de boedel te laten lopen waaruit de curator kan worden gefinancierd, zoals bijvoorbeeld voorzien in artikel 3.6.9 Voorontwerp Insolventiewet. Anderzijds kunnen de lasten worden teruggebracht door eenvoudige faillissementen te laten afwikkelen door goedkoper personeel. Voor grotere en complexe faillissementen zal behoefte blijven bestaan aan ervaren curatoren. Voor zover de kosten van afwikkeling niet kunnen worden voldaan uit de boedel, zullen die moeten worden voldaan uit een fonds. Dit kan langs verschillende manieren worden gevuld. Onder verwijzing naar het Engelse systeem van *The Insolvency Service*, waarbij de kostendekkende financiering plaatsvindt vanuit bijdragen van alle boedels, valt een vergelijkbaar systeem voor Nederland te bepleiten. Daar waar de activiteiten van de curator zich tevens moeten richten op de bestrijding van maatschappelijk onaanvaardbaar gedrag van failliete schuldenaren of daaraan gerelateerde partijen lijkt echter meer het algemeen belang in beeld te komen. Dit zou rechtvaardigen dat eventuele tekorten bij de afwikkeling van faillissementen door de overheid worden aangevuld. Dit is bijvoorbeeld voorzien in artikel 6.1.2 Voorontwerp Insolventiewet.

In navolging van de aansporing van de Commissie-Raaijmakers in haar eindrapport om op basis van een 'early warning' ondernemers bijtijds te brengen tot een koerswijziging bepleit ik hier dat de regering vaart maakt met de aanpassing van de Faillissementswet door het Voorontwerp Insolventiewet als wetsvoorstel aan het parlement aan te bieden. Langs die weg wordt hopelijk bijtijds het faillissement van de faillissementsprocedure afgewend. Waar de MDW-werkgroep onder voorzitterschap van Theo Raaijmakers het fundament onder het Voorontwerp Insolventiewet heeft gelegd biedt een snelle parlementaire behandeling en invoering daarvan de beste afronding van zijn veelzijdige academische carrière.

R.D. Vriesendorp
Tilburg 24 augustus 2009